

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Réflexions sur la notion de "puissance sur le marché" en droit des télécommunications

Queck, Robert; Defraigne, Philippe

*Published in:*

Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingt ans du C.R.I.D.,

*Publication date:*

1999

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Queck, R & Defraigne, P 1999, Réflexions sur la notion de "puissance sur le marché" en droit des télécommunications: concept autonome ou chimère ? Dans *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs : à l'occasion des vingt ans du C.R.I.D.*, Cahiers du CRID, Numéro 16, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 335-370.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# RÉFLEXIONS SUR LA NOTION DE « PUISSANCE SUR LE MARCHÉ » EN DROIT DES TÉLÉCOMMUNICATIONS : CONCEPT AUTONOME OU CHIMÈRE ?

Robert QUECK et Philippe DEFRAIGNE\*<sup>1</sup>

Dans le contexte du « réexamen 1999 » de la réglementation européenne des télécommunications<sup>2</sup>, qui vient d'être entamé par les services de la Commission européenne et qui entend déboucher sur un cadre réglementaire renouvelé pour 2002/2003<sup>3</sup>, l'article vise à répondre à quatre questions relatives à la notion de puissance significative sur le marché. Comment le concept se définit-il et quel est son rôle ? (I.), quelle est l'origine du concept et comment a-t-il été développé ? (II.), comment le concept est-il mis en œuvre ? (III.), quel est l'avenir du concept (IV.) ? En répondant à ces questions, l'article jettera également un regard particulier sur l'évolution de la réglementation sectorielle spécifique européenne des télécommunications depuis 1987.

---

\* R. QUECK est maître de conférences, CRID des FUNDP. Sa participation a été réalisée dans le cadre de SSTC, Pôles d'attraction interuniversitaires (PAI), Phase IV, « Research and Interdisciplinary Assessment on the Information Society : Networks, Uses and Roles of the State ». Ph. DEFRAIGNE est directeur, Cullen International SA.

<sup>1</sup> Les auteurs remercient M.E. BONDROIT et A. de STREEL pour leurs commentaires très utiles. La responsabilité des éventuelles erreurs subsistant n'incombe qu'aux auteurs. Le texte reflète la situation au 31 août 1999.

<sup>2</sup> Pour un aperçu général de cadre réglementaire européen en matière de télécommunications, voir Commission européenne, Status Report on European Union Telecommunications Policy - Update March 1999, 22 March 1999, disponible sur <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/>.

Voir également, parmi d'autres, J. E. de COCKBORNE, « La libéralisation du marché des télécommunications en Europe », *JT droit européen*, n° 44, Décembre 1997, p. 217-224 ; P. RAVAIOLI, « Le cadre législatif européen des télécommunications et son application », *Revue du Marché Unique Européen*, 3/1997, p. 175 - 210 ; W. SAUTER, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Clarendon Press, Oxford, 1997, 255 p. (spécialement Chap. 5 « The compatibility of Industrial and Competition Policy : The Case of Telecommunications », p. 163 - 223) ; J. SCHERER, T. BARTSCH, « Telecommunication Law and Policy of the European Union », in J. SCHERER (Ed.), *Telecommunication Laws in Europe*, 4<sup>th</sup> edition, Butterworths, London - Edinburgh - Dublin, 1998, p. 3 - 55.

<sup>3</sup> Voir Commission européenne, DG XIII Discussion Document - The 1999 Review : Regulatory Principles, 21 May 1999, p. 4, disponible sur <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm>.

## I. DÉFINITION ET RÔLE DU CONCEPT DE « PUISSANCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHÉ »

La directive « interconnexion »<sup>4</sup> définit le concept de puissance sur le marché — ou plutôt celui de puissance *significative* sur le marché<sup>5</sup> — au départ des organismes qui jouissent de cette position particulière sur le marché. Ainsi « un organisme est réputé être puissant sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25 % d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un État membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités. Les autorités réglementaires nationales peuvent néanmoins décider qu'un organisme possédant une part inférieure à 25 % du marché concerné est puissant sur le marché. Elles peuvent également décider qu'un organisme détenant une part supérieure à 25 % du marché concerné n'est pas puissant sur ce marché. Dans les deux hypothèses, la décision tient compte de la capacité de l'organisme d'influencer les conditions du marché, de son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, du contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, à des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché ». À cette liste de critères, le considérant 6 de la directive « interconnexion » ajoute encore celui des liens internationaux de l'opérateur concerné. Les autres directives utilisant le concept de puissance significative sur le marché, à savoir les directives « lignes louées (1997) »<sup>6</sup>, « téléphonie vocale (1998) »<sup>7</sup> et « licences »<sup>8</sup>, se

---

4 Directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.C.E.*, n° L 199/32 du 26 juillet 1997, article 4.3. Elle a été modifiée par la directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, *J.O.C.E.*, n° L 268/37 du 3 octobre 1998 (directive « numérotation »).

5 Le concept anglais de « *significant market power* » a été traduit dans les versions françaises des directives pertinentes simplement par « puissance sur le marché ». Dans la suite du texte nous parlerons de puissance significative.

6 Article 2.3 de la directive 92/44/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert aux lignes louées, *J.O.C.E.*, n° L 165/27 du 05 juin 1992 (directive « lignes louées (1992) », telle que modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 295/23 du 29 octobre 1997.

7 Article 2.2.i de la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, *J.O.C.E.*, n° L 101/24 du 1<sup>er</sup> avril 1998.

8 Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de

basent sur des définitions similaires (voir *infra*, pt. III.2). De toutes les directives, la directive « interconnexion » prévoit le régime le plus détaillé de la puissance significative sur le marché. Par conséquent, nous nous référerons, dans la suite, d'abord et principalement à celle-là.

Les autorités réglementaires nationales (ARN) notifient à la Commission européenne le nom des organismes qui sont soumis aux dispositions des directives relatives aux organismes puissants sur le marché<sup>9</sup>. « La Commission peut demander aux autorités réglementaires nationales d'indiquer les raisons pour lesquelles elles classent ou non un organisme dans la catégorie des organismes puissants sur le marché »<sup>10</sup>. La Commission publie les noms qui lui ont ainsi été communiqués dans le Journal officiel des Communautés européennes<sup>11</sup>.

Au niveau de la Communauté européenne, le secteur des télécommunications est actuellement surtout régi par deux corps de normes, la réglementation sectorielle spécifique des télécommunications et le droit de la concurrence. Le premier corps est constitué de directives d'harmonisation, adoptées sur base de l'article 95 (*ex-100A*) du traité CE. Il s'agit par exemple des directives organisant la fourniture d'un réseau ouvert (Open Network Provision – ONP) c'est-à-dire la directive « ONP-cadre (1997) »<sup>12</sup> et ses mesures d'application à savoir les directives « lignes louées (1997) »,

télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 117/15 du 7 mai 1997. Ses articles 2.2. et 7.1.d. renvoient aux définitions de la directive « interconnexion ».

- 9 Directive « interconnexion », article 18.2, alinéa 1. Voir également article 11.1.*bis* en relation avec l'article 1<sup>er</sup> al. 3, de la directive « lignes louées (1997) » et article 2.2.i ainsi que 25.2, alinéa 1 de la directive « téléphonie vocale (1998) ». Selon l'article 21.1, tiret 2 de la directive « licences », les États membres communiquent à la Commission des informations sur leurs régimes d'autorisations. Ceci peut concerner des organismes puissants dans la mesure où des licences individuelles peuvent être utilisées pour imposer des obligations à ces organismes (article 7.1.d. directive « licences »).
- 10 Directive « interconnexion », article 18.2, alinéa 2. Voir aussi article 25.2, alinéa 2 de la directive « téléphonie vocale (1998) ». La directive « lignes louées (1997) » par contre ne prévoit pas cette disposition.
- 11 Directive « interconnexion », article 18.3. À ce sujet voir Publication d'informations et accès à celles-ci dans les États membres en ce qui concerne l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 112/2 du 23 avril 1999. Un relevé plus à jour se trouve sous <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm>, rubrique miscellaneous documents (European Commission, DG XIII/A/1, Interconnection Directive 97/33/EC (OJ N° L199 26.7.1997, p. 32) – Notification of organisations with significant market power, 1<sup>st</sup> July 1999). L'article 25.2 de la directive « téléphonie vocale (1998) » n'impose pas une telle obligation à la Commission. La directive « lignes louées (1997) » ne prévoit également pas pareille obligation.
- 12 Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 192/1 du 24 juillet 1990 (directive « ONP-cadre (1990) », telle que modifiée par la directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 295/23 du 29 octobre 1997.

« téléphonie vocale (1998) » et « interconnexion » ainsi que plusieurs recommandations<sup>13</sup>. Il s'agit aussi de la directive « licences » et de la directive « reconnaissance mutuelle terminaux »<sup>14</sup>. Le droit de la concurrence, à savoir les articles 81 (*ex*-85) à 89 (*ex*-94) du traité CE, a d'une part servi de base à la libéralisation<sup>15</sup> du secteur par une série de directives de la Commission, adoptées sur base de l'article 86 §3 (*ex*- 90 §3) du traité CE, qui s'adressaient à l'ensemble des États membres, d'abord au niveau des équipements terminaux (directive « terminaux »)<sup>16</sup>, ensuite au niveau des services et infrastructures (directive « services »)<sup>17</sup>. C'est la directive « services », telle qu'amendée par la directive « pleine concurrence »<sup>18</sup>, qui prévoyait que les

- 
- 13 - Recommandation 92/382/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'offre harmonisée d'un ensemble minimal de services de transmission de données par commutation de paquets (STDCP) conformément aux principes de la fourniture de réseau ouvert (ONP), *J.O.C.E.*, n° L 200/1 du 18 juillet 1992.  
 - Recommandation 92/383/CEE du Conseil du 5 juin 1992 relative à l'offre de possibilités harmonisées d'accès au réseau numérique à intégration de services (RNIS) et d'un ensemble minimal d'offres RNIS conformément aux principes de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.C.E.*, n° L 200/10 du 18 juillet 1992.  
 - Recommandation 98/195/CE de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 1 – Tarification de l'interconnexion), *J.O.C.E.*, n° L 73/42 du 12 mars 1998, amendée par la recommandation 98/511/CE de la Commission du 29 juillet 1998 modifiant la recommandation 98/195/CE de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 1 – Tarification de l'interconnexion), *J.O.C.E.*, n° L 228/30 du 15 août 1998.  
 - Recommandation 98/322/CE de la Commission du 8 avril 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé (Partie 2 – Séparation comptable et comptabilisation des coûts), *J.O.C.E.*, n° L 141/6 du 13 mai 1998.
- 14 Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux des télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité, *J.O.C.E.*, n° L91/10 du 7 avril 1999.
- 15 Même si elles sont adoptées sur la base d'un article du traité CE faisant partie des règles de la concurrence, les directives de libéralisation peuvent aussi être considérées comme faisant partie de la réglementation sectorielle spécifique des télécommunications, justement en raison de leur champ d'application spécifique (voir J. SCHERER, T. BARTSCH, « Telecommunication Law and Policy of the European Union », *op. cit.*, spécialement pt. 1.54, p. 15).
- 16 Directive 88/301/CEE de la Commission du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunication, *J.O.C.E.*, n° L 131/73 du 27 mai 1988. La directive a été amendée par la directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant la directive 88/301/CEE et la directive 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.C.E.*, n° L 268/15 du 19 octobre 1994.
- 17 Directive 90/388/CEE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 192/10 du 24 juillet 1990, dernièrement amendée par la directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, *J.O.C.E.*, n° L 175/39 du 10 juillet 1999 (directive « réseaux câblés (1999) »).
- 18 Article 1.2 de la directive 96/19/CE de la Commission du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° L 74/13 du 22 mars 1996, remplaçant l'article 2 de la directive « services ».

derniers droits exclusifs ou spéciaux en matière de fourniture de services de télécommunications (à savoir ceux couvrant la téléphonie vocale) ainsi qu'en matière de mise en place et d'exploitation de réseaux de télécommunications (à savoir ceux couvrant les réseaux publics utilisés pour fournir la téléphonie vocale) soient abolis par les États membres pour le 1<sup>er</sup> janvier 1998<sup>19</sup>. D'autre part, le droit de la concurrence est appliqué au cas par cas. La Commission européenne a par ailleurs publié deux notes explicitant la manière selon laquelle elle comptait appliquer les règles de la concurrence, spécialement les articles 81 (*ex-85*) et 82 (*ex-86*) du traité CE, au secteur des télécommunications. Le premier texte (les « lignes directrices (1991) »<sup>20</sup>) le fait de manière générale, alors que le deuxième est consacré plus spécifiquement à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications (communication « accords d'accès »<sup>21</sup>).

Sur cet arrière-fond, le concept de la « puissance significative sur le marché » s'inscrit dans les directives visant la fourniture d'un réseau ouvert – ONP. Il est le critère déterminant pour imposer à certains opérateurs sur le marché des télécommunications des obligations spécifiques par exemple en matière d'octroi d'interconnexion et d'accès spécial<sup>22</sup> ou encore en matière d'orientation des tarifs en fonction des coûts et de tenue d'une comptabilité appropriée<sup>23</sup>. Une synthèse des obligations spécifiques auxquelles sont soumis les organismes puissants est présentée en annexe<sup>24</sup>.

19 Sous réserve de délais transitoires accordés pour la libéralisation complète au Luxembourg (1.7.1998), à l'Espagne (1 décembre 1998), au Portugal (1<sup>er</sup> janvier 2000), à l'Irlande (1<sup>er</sup> janvier 2000 – l'Irlande a cependant déjà achevé la libéralisation) et à la Grèce (31 décembre 2000).

20 Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 233/2 du 6 septembre 1991.

21 Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, *J.O.C.E.*, n° C 265/2 du 22 août 1998. À ce propos, voir M. BRODEY, S. POLSTER, « Interconnection and Competition », in St. le GOUËEFF (dir.), *Droit des télécommunications, des technologies de l'information et du multimédia – vers un cadre commun*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 29-40.

22 Article 4.2 de la directive « interconnexion ».

23 Annexe, point 3 de la directive « ONP-cadre (1997) », article 10 en relation avec les articles 1<sup>er</sup>, alinéa 3 et 11.1*bis* de la directive « lignes louées (1997) », article 7 de la directive « interconnexion », articles 17 et 18 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

24 Voir également L. PONTIGGIA, ETO, *Final Report on Regulating Operators with Significant Market Power*, European Commission, 1998, 128 p. et M.-E. BONDROIT, C. LAURENT, « Les obligations imposées par le droit européen des télécommunications aux opérateurs qui ont une puissance significative sur le marché », travail réalisé dans le cadre du séminaire « marché des technologies de l'information et des télécommunications » du DES DGTIC, 1999, version revue à paraître dans *Revue Ubiquité*, n° 3, octobre 1999, 21 p.

Le droit de la concurrence utilise de son côté un concept voisin mais différent du concept de puissance significative : la position dominante (article 82 (*ex-86*) du traité CE).

## II. CONTEXTE ET ORIGINE DU CONCEPT DE « PUISSANCE SUR LE MARCHÉ »

Le cadre réglementaire de la fourniture d'un réseau ouvert a été développé jusqu'à présent en deux phases. À chacune des phases correspond un concept différent désignant le principal destinataire des obligations prévues par les directives et recommandations ONP. En effet, dans les directives préparant et entourant la libéralisation complète du secteur des télécommunications au 1<sup>er</sup> janvier 1998, le concept d'« organismes puissants sur le marché » a été substitué largement à celui d'« organisme de télécommunications » du début des années 90.

### *II.1. La première phase : du livre vert de 1987 au réexamen de 1992-1994*

Le « livre vert de 1987 » sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications<sup>25</sup> proposait, tout en insistant sur l'applicabilité des règles de la concurrence au cas par cas<sup>26</sup>, une libéralisation asymétrique du secteur<sup>27</sup> : les infrastructures de télécommunications et le service de téléphonie vocale resteraient soumis à des droits exclusifs ou spéciaux des administrations de télécommunications afin de garantir la couverture géographique<sup>28</sup>, les autres services et les équipements terminaux seraient ouverts à la concurrence. Cette position a été mise en pratique par les directives « terminaux » et « services ».

---

<sup>25</sup> Communication de la Commission, Vers une économie européenne dynamique, Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, COM(87) 290 final, 30 juin 1987.

<sup>26</sup> « Livre vert de 1987 », fig. 13, positions H et I ainsi que p. 175 et p. 178-180.

<sup>27</sup> « Livre vert de 1987 », p. 58-62, p. 66-69, fig. 13, positions A, B, C, F et p. 174-175. Voir également Communication de la Commission, Vers un marché compétitif en matière de télécommunications en 1992 – Mise en application du livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications – état des discussions et propositions faites par la Commission, COM(88) 48 final, 9 février 1988, p. 18. Voir aussi W. SAUTER, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 193-194.

<sup>28</sup> Il s'agit en fait d'une application de l'article 86, § 2 (*ex-90*, § 2) du traité CE.

Or, le livre vert 1987 constatait que la libéralisation ne pourrait vraiment porter ses fruits que si la concurrence ainsi permise s'exerçait sur un grand marché intérieur et non plus comme auparavant sur une multitude de petits marchés séparés<sup>29</sup>. Libéralisation (et aussi application au cas par cas des règles de concurrence) devait donc aller de pair avec harmonisation. C'est d'ailleurs pour cette raison que les directives « services » et « ONP-cadre » ont été adoptées le même jour<sup>30</sup>.

Le livre vert de 1987 constatait également que si on voulait obtenir que la libéralisation de droit évolue vers une situation où règne une concurrence effective tout en permettant aux opérateurs-monopoleurs sur les secteurs des infrastructures (en ce compris les lignes louées<sup>31</sup>) et de la téléphonie vocale, d'être actifs également sur les segments libéralisés<sup>32</sup>, il fallait encadrer leur action. Ces opérateurs devaient mettre à la disposition de leurs concurrents les infrastructures (en ce compris les lignes louées) et le service de téléphonie vocale que ces derniers n'avaient pas le droit de développer mais dont ils avaient nécessairement besoin pour atteindre des clients, et ce à des conditions

---

<sup>29</sup> « Livre vert de 1987 », p. 63-66, 90-93, 134-135. Voir aussi H. UNGERER, avec la collaboration de N. COSTELLO, *Télécommunications en Europe – Le libre choix pour l'utilisateur sur le grand marché européen de 1992 – L'enjeu pour la Communauté européenne*, Collection « Perspectives européennes », CECA-CEE-CEEA, Bruxelles – Luxembourg, 1988, p. 33-34 et p. 113 -121 à propos du « coût de la non-Europe ». Voir aussi W. SAUTER, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 193-194.

<sup>30</sup> Ce parallélisme est en effet appelé le « compromis de 1989 ». De nombreux textes insistent sur la nécessaire complémentarité entre libéralisation et harmonisation (Commission des Communautés européennes, *Dix-neuvième Rapport sur la politique de la concurrence* (rapport publié en relation avec le « XXIII<sup>e</sup> Rapport général sur l'activité des Communautés européennes 1989 »), CCE, Bruxelles – Luxembourg, 1990, p. 209-211, P. RAVAIOLI, « La Communauté européenne et les télécommunications : développements récents en matière de concurrence », *Revue Internationale de Droit Économique*, 1992, p. 119 et 127 -128 et W. SAUTER, « The System of Open Network Provision Legislation and the Future of European Telecommunications Regulation », in C. SCOTT, O. AUDÉOUD (eds), *The Future of EC Telecommunications Law*, Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, Vol.19, Bundesanzeiger Verlagsges. mbH, Köln, 1996, p. 105 – 106). Ce parallélisme chronologique a été rompu ultérieurement dans la préparation de la libéralisation complète du 1<sup>er</sup> janvier 1998 en raison de la lenteur de la procédure de co-décision (article 251 (*ex-189 B*) du traité CE) utilisée pour adopter les directives ONP.

<sup>31</sup> Selon l'article 2.2 de la directive « lignes louées (1992) », sont des lignes louées « les systèmes de télécommunications fournis dans le contexte de l'établissement, du développement et de l'exploitation du réseau public de télécommunications,... ». Définies de la sorte, elles se concevaient donc uniquement dans le contexte des infrastructures publiques et tombaient donc de fait sous monopole si l'infrastructure publique était couverte par pareil monopole. La définition a été changée depuis lors et la référence au réseau public a été enlevée.

<sup>32</sup> « Livre vert de 1987 », figure 9 et p. 66, 74, 175. En 1990 l'Europe a préféré cette solution à celle consistant à limiter ceux qui profitent de droits exclusifs ou spéciaux à ces activités et à celle de la séparation structurelle consistant à faire réaliser les activités en et hors monopole par des entités juridiques distinctes. À ce sujet voir Ph. DEFRAIGNE, « Télécommunications : les moyens de garantir une concurrence loyale », rapport préparé à l'intention de l'Union Wallonne des Entreprises, CRID, Namur, 1989, document dactylographié, p. 11-13.



équitables. Il fallait créer les conditions pour qu'une réelle concurrence puisse se développer et organiser le marché en conséquence.

C'est dans ce contexte et pour répondre aux constats mentionnés ci-dessus que, s'inspirant du concept américain d'« Open Network Architecture »<sup>33</sup>, le livre vert de 1987 proposait le concept de fourniture d'un réseau ouvert<sup>34</sup>. Selon le livre vert, « la transition vers un marché communautaire des services soumis à la concurrence pourrait donc être considérablement accélérée par des directives communautaires sur la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) »<sup>35</sup>. Ainsi « le but de l'ONP est d'établir dans l'Union européenne un environnement favorable au développement de la concurrence et ceci dans l'intérêt de l'industrie des télécommunications tout aussi bien que dans celui des utilisateurs de services de télécommunications. Ce but sera réalisé par le développement d'un cadre réglementaire harmonisé sur base de conditions transparentes et non discriminatoires pour l'accès aux réseaux et services de télécommunications »<sup>36</sup>.

Mettant en application les idées du livre vert, la directive « ONP-cadre (1990) » énonçait les objectifs et principes de base de l'ONP. Selon l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de cette directive, la fourniture d'un réseau ouvert « concerne l'harmonisation des conditions d'accès et d'utilisation ouverts et efficaces en matière de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, de services publics de télécommunications. » Ce faisant, l'ONP devait servir plusieurs objectifs<sup>37</sup>.

Un premier objectif était l'organisation du secteur de manière à permettre le développement d'une concurrence loyale entre les opérateurs qui

33 Pour une comparaison entre « ONA » et « ONP », voir M. WEINKOPF, *Ökonomie des ONP-Konzepts*, Diskussionsbeitrag Nr. 118, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste (WIK), Bad Honnef, 1993, p. 22-25, qui insiste sur la différence quant à la situation de départ d'un côté et de l'autre de l'atlantique.

34 Quant au processus de développement du concept voir C. BERBEN, « Open Network Provision : A Concept for Europe », in S. SCHAFF (Ed.), *Legal and economic Aspects of Telecommunications*, Elsevier Science Publishers B.V. (North-Holland), Amsterdam, 1990, p. 555 – 565.

35 « Livre vert de 1987 », p. 65.

36 Traduction libre de European Commission, *Open Network Provision - The Development of an Open Market for Telecommunications in the European Union*, ECSC-EC-EAEC, Brussels-Luxembourg, 1994, p. 5. Voir également J.-Chr. FILORI, F. WARNERY (dir.), *L'avenir de la Société de l'Information, Télécommunications – Technologies de l'Information, Étude rédigée par le Club de Bruxelles pour la conférence organisée les 26 et 27 septembre 1994*, Club de Bruxelles, Bruxelles, 1994, p. 161-168.

37 À ce sujet voir notamment P. ALEXIADIS, « European Union Telecommunications Policy », in C. LONG, *Telecommunications Law and Practice*, second edition, Sweet & Maxwell, London, 1995, p. 238-239, F. MADURAUD, « ONP – Fondements, bilan et perspectives », XIII Magazine, septembre 1993, n° 11, Numéro spécial – La politique communautaire des télécommunications, p. 11-13, J. SCHERER, « Telecommunications Law and Policy of the European Union », in J. SCHERER (ed.), *Telecommunications Laws in Europe*, 3<sup>rd</sup> edition, Baker & McKenzie, Frankfurt, 1994, p. 18-19.

jouissaient de certains droits exclusifs et spéciaux et les autres prestataires de services de télécommunications, prestataires qui, pour réaliser leurs activités, avaient en fait besoin des infrastructures et services des premiers.

Ensuite, l'ONP avait pour objectif l'harmonisation des conditions concernant les interfaces techniques, les conditions de fourniture et d'utilisation ainsi que des principes de tarification, afin que puisse se développer un authentique marché intérieur dans le secteur des télécommunications<sup>38</sup>. Ainsi était par exemple visée une interopérabilité technique des infrastructures et services à l'échelle de l'Europe. De plus, les mêmes principes tarifaires devaient être applicables partout dans la Communauté.

Aux deux objectifs principaux repris ci-dessus, on peut ajouter celui de garantir certains droits aux utilisateurs finaux<sup>39</sup>. D'une part, ceci visait certaines offres qui devaient être garanties. À titre d'exemple, on peut mentionner l'obligation pour les organismes de télécommunications de fournir un ensemble minimal de lignes louées selon des caractéristiques techniques harmonisées<sup>40</sup>. Comme autre exemple, peut être citée l'obligation pour les organismes de télécommunications de fournir un réseau de téléphonie publique fixe et un service de téléphonie vocale, telle que prévue par l'article 3 de la directive « téléphonie vocale (1995) »<sup>41</sup>. D'autre part, l'ONP adoptait une approche « protection du consommateur » par laquelle les droits des utilisateurs finaux étaient garantis dans le contexte de la relation contractuelle qui les lie aux fournisseurs du service qui disposaient d'un pouvoir de négociation important. Ainsi la directive « téléphonie vocale (1995) » contenait une disposition donnant à l'utilisateur le droit d'obtenir un contrat et des remboursements si le niveau de qualité de service prévu n'était pas respecté<sup>42</sup>, des dispositions prévoyant une facturation détaillée<sup>43</sup> et une

---

38 Voir N. HIGHAM, « Open network Provision in the EC : A Step-by-Step Approach to Competition », *Telecommunications Policy*, 17, 1993, May/June, p. 242 – 244.

39 Voir M. AUSTIN, « Europe's ONP bargain – What's in it for the user ? », *Telecommunications Policy*, vol. 18, nr. 2, march 1994, p. 97 – 113.

40 Articles 1, alinéa 1, et 7 de la directive « lignes louées (1992) ».

41 Directive 95/62/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, *J.O.C.E.*, n° L 321/6 du 30 décembre 1995. Nous considérons que cette directive fait partie des textes de la « première vague » ONP. Même si elle n'a été adoptée qu'en 1995, une première proposition de cette directive a en fait été présentée par la Commission en septembre 1992. Ce sont des raisons de procédure qui ont fait durer l'adoption de la directive jusqu'en décembre 1995.

42 Article 7 de la directive « téléphonie vocale (1995) ».

43 *Idem*, article 15.

limitation des coupures au service en question dans le cas de factures impayées<sup>44</sup>.

Il convient d'ajouter qu'une même disposition d'une directive pouvait concerner plusieurs objectifs de la fourniture d'un réseau ouvert à la fois. Ainsi par exemple les dispositions relatives aux interruptions du service concernaient à la fois l'objectif de concurrence (pour les prestataires de services) et l'objectif de garantir les droits des utilisateurs résidentiels (pour ces derniers).

Afin de réaliser les objectifs de l'ONP, les directives et recommandations régissant la fourniture d'un réseau ouvert imposaient des obligations aux États membres, et via ceux-ci, aux autorités réglementaires nationales, aux opérateurs d'infrastructures publiques (c'est-à-dire offerts au public) et de services publics (c'est-à-dire offerts au public) de télécommunications ainsi qu'aux utilisateurs (notamment en matière de conditions d'utilisation et viol des droits de monopole<sup>45</sup>).

Parmi les opérateurs, les candidats « naturels » à être destinataires des obligations ONP étaient sans nul doute les « organismes de télécommunications » des différents États membres, appellation des anciennes administrations de télécommunications suite à la séparation entre leur branche d'exploitation et leur branche réglementaire (devenues les ARN). Le « livre vert de 1987 » s'était clairement prononcé en faveur d'une application de l'ONP aux administrations de télécommunications<sup>46</sup>. En effet, étant donné leur position forte sur le marché, c'étaient eux qui, d'une part, pouvaient empêcher l'avènement d'une concurrence effective et mettre le plus en danger les droits des utilisateurs et qui, d'autre part, étaient les seuls à disposer d'une infrastructure avec une vaste couverture géographique et permettant la fourniture de services dont la disponibilité devait être garantie.

L'article 2.1 de la directive « ONP-cadre (1990) » définit les organismes de télécommunications comme « les entités publiques ou privées auxquelles un État membre octroie des droits spéciaux ou exclusifs<sup>47</sup> pour

---

<sup>44</sup> *Idem*, article 23.

<sup>45</sup> Voir par exemple article 6 de la directive « lignes louées (1992) ».

<sup>46</sup> « Livre vert de 1987 », figure 13, position E, p. 65 - 66 et p.182.

<sup>47</sup> Pour une définition de ces concepts, voir article 2.1.a de la directive 94/46/CE de la Commission du 13 octobre 1994 modifiant la directive 88/301/CEE et la directive 90/388/CEE en ce qui concerne en particulier les communications par satellite, *J.O.C.E.*, n° L 268/15 du 19 octobre 1994 qui modifie l'article 1<sup>er</sup> de la directive « services ». Voir également la Communication de la Commission concernant un projet de directive modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, *J.O.C.E.*, n° C 71/3 du 7 mars 1998.

l'établissement de réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, la fourniture de services publics de télécommunications ». L'article ajoute que « pour les besoins de la présente directive, les États membres notifient à la Commission les entités auxquelles ils ont octroyé des droits spéciaux ou exclusifs ».

Les entités auxquelles l'ONP s'appliquait n'étaient pas clairement définies. En effet, la directive « ONP-cadre (1990) » ne disait pas explicitement que les obligations ONP en matière de fourniture d'accès et de tarification s'appliquaient aux organismes de télécommunications. L'article 1<sup>er</sup> de la directive liait l'application de l'ONP aux « réseaux publics de télécommunications et, le cas échéant, *aux* services publics de télécommunications ». Par ailleurs, les services publics de télécommunications étaient définis par l'article 2.4 comme des services dont la fourniture a été spécifiquement confiée notamment à un ou plusieurs organismes de télécommunications.

Si, spécifiquement à cause du « notamment », le texte de la directive pouvait paraître comme étant quelque peu équivoque, la question peut être considérée comme tranchée par un arrêt de la Cour de Justice de 1996 qui affirmait qu'en tout cas la directive « lignes louées (1992) » « s'applique aux 'organismes de télécommunications' au sens de l'article 2, point 1, de la directive 90/387/CEE »<sup>48</sup> (la directive « ONP-cadre (1990) »). Ceci étant dit, dans la pratique, on avait toujours considéré que les anciennes administrations des télécommunications, qui continuaient à disposer du monopole sur les infrastructures publiques et sur le service de téléphonie vocale, étaient visées. Cela découlait en fait de la *ratio legis*.

Une autre nuance doit être ajoutée. Si les obligations prévues par l'ONP s'appliquent aux organismes de télécommunications, parfois elles ne pouvaient s'appliquer qu'à certains des organismes notifiés en tant qu'organismes de télécommunications. C'est en ce sens que le Royaume Uni a interprété l'article 7.1 de la directive « lignes louées (1992) » qui disposait que « les États membres assurent que les organismes de télécommunications respectifs fournissent, séparément ou conjointement, un ensemble minimal de lignes louées conformes à l'annexe II afin de garantir une offre harmonisée dans toute la Communauté », en n'appliquant pas l'article 7 à l'ensemble des quelque 120 entités qu'il avait notifiées. À cet égard, la Cour de Justice a jugé qu'« un État membre peut ne soumettre aux obligations de l'article 7 de la directive 92/44 que certains des 'organismes de télécommunications', dès lors

---

<sup>48</sup> CJCE, *The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry ex parte: British Telecommunications plc*, aff. C-302/94, Rec. 1996, p. I-6417, 1<sup>er</sup> point de l'arrêt, p. I-6469.

que cette soumission est suffisante pour permettre aux utilisateurs de disposer d'un nombre minimal de lignes louées conformes aux spécifications prévues par cette directive sur l'ensemble du territoire national »<sup>49</sup>.

## ***II.2. La deuxième phase: les mesures réglementaires préparant la libéralisation complète du secteur des télécommunications de 1998***

Les articles 10 et 8 respectivement des directives « services » et « ONP-cadre (1990) » prévoyaient pour 1992 une évaluation de la situation du secteur des télécommunications et une appréciation de la réglementation existante par rapport à cette évaluation. Par plusieurs résolutions adoptées dans ce cadre entre 1993 et 1995<sup>50</sup>, le Conseil conclut à l'opportunité de la libéralisation complète du secteur pour le 1<sup>er</sup> janvier 1998<sup>51</sup> et à la nécessité de maintenir la réglementation ONP. De plus, le Conseil y voyait un élément clé du cadre réglementaire renouvelé<sup>52</sup>.

Les mesures de l'ONP devaient cependant être adaptées « pour répondre aux exigences du marché pleinement concurrentiel ... instauré dès le 1<sup>er</sup> janvier 1998 »<sup>53</sup>. Elles l'ont été en ce qui concerne les objectifs, le champ d'application et les destinataires des obligations.

D'abord, les objectifs ont été maintenus mais aménagés. Ainsi en ce qui concerne l'objectif de concurrence loyale entre opérateurs et prestataires d'infrastructures et de services, il a été reconnu que même si le secteur était complètement libéralisé de droit, cela ne signifiait pas encore que de ce fait naîtrait automatiquement une concurrence effective. Il faut en effet éviter que certains opérateurs limitent la possibilité à d'autres d'entrer sur le marché<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> CJCE, aff. C-302/94, *cit. supra*, 1<sup>er</sup> point de l'arrêt, p. I – 6469.

<sup>50</sup> Résolution du Conseil du 22 juillet 1993 sur le réexamen de la situation dans le secteur des télécommunications de la Communauté et de la nécessité de nouveaux développements sur ce marché, *J.O.C.E.*, n° C 213/1 du 6 août 1993, résolution du Conseil du 22 décembre 1994 relative aux principes et au calendrier de la libéralisation des infrastructures de télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 379/4 du 31 décembre 1994 et résolution du Conseil du 18 septembre 1995 sur la mise en place du futur cadre réglementaire des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 258/1 du 3 octobre 1995.

<sup>51</sup> Sous réserve des délais de transition supplémentaires mentionnés ci-dessus accordés à l'Espagne, à la Grèce, à l'Irlande, au Portugal et au Luxembourg.

<sup>52</sup> Voir notamment résolution du Conseil du 22 juillet 1993, *cit. supra*. La résolution inclut encore la problématique des licences dans les mesures ONP. Cette idée a été abandonnée ultérieurement (voir *supra*).

<sup>53</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Situation actuelle et politique future en matière de liberté d'accès aux réseaux et services de télécommunications (ONP – fourniture d'un réseau ouvert), COM(94) 513 final, 29 novembre 1994, p. 11.

<sup>54</sup> ONP Committee, The adaptation, in the light of further liberalisation, of Open Network Provision in respect of the entities covered, ONPCOM94-44, 3 octobre 1994, p. 7.

La transition d'un environnement de monopoles nationaux vers une réelle concurrence devait donc être organisée de manière proactive. Le seul droit de la concurrence peut en effet ne pas suffire à cette fin en raison du fait que son rôle est plutôt de maintenir une concurrence là où elle existe et qu'à cette fin, il adopte plutôt une approche « répressive » de contrôle, essentiellement tournée vers la prévention d'abus.

L'objectif de l'harmonisation a également été maintenu. En effet, le premier considérant de la résolution du 22 décembre 1994 (voir *supra*) estimait que le secteur des télécommunications n'était « que partiellement couvert(s) par le marché intérieur ». L'annexe de la directive « ONP-cadre (1997) » ajoute aux domaines de l'harmonisation, en plus des interfaces techniques, des conditions de fourniture et d'utilisation et des principes tarifaires, la numérotation/ adressage/ dénomination et l'accès aux fréquences.

L'objectif de garantie de droits des utilisateurs finaux a aussi été retenu. Le volet « fourniture garantie de certaines offres » a été renforcé. Certains services continuent en effet d'être tellement importants pour la vie économique et sociale en Europe que la Communauté a voulu garantir leur disponibilité à l'échelle de l'Europe. La fourniture d'un réseau ouvert a été considérée comme étant le cadre réglementaire pour le réaliser<sup>55</sup>. Ceci a notamment été fait par l'introduction explicite du service universel parmi les thèmes de l'ONP. La garantie expresse de cet « ensemble de services minimaux définis d'une qualité donnée, qui est accessible à tous les utilisateurs indépendamment de leur localisation géographique et, à la lumière de conditions spécifiques nationales, à un prix abordable »<sup>56</sup> (à savoir le réseau et service téléphonique public fixe<sup>57</sup>) a été considérée comme la contrepartie obligée de la libéralisation complète du secteur. La couverture géographique générale était auparavant assurée par les organismes de télécommunications des différents États membres, pour lesquels elle était la justification principale de leur monopole<sup>58</sup>. La disposition visant à garantir la fourniture d'un ensemble de lignes louées selon des caractéristiques techniques harmonisées a été maintenue. Mentionnons encore la directive « interconnexion » selon laquelle les États membres doivent garantir l'interconnexion efficace et appropriée des réseaux téléphoniques publics fixes et mobiles ainsi que des

---

<sup>55</sup> ONPCOM94-44, *cit. supra*, p. 7.

<sup>56</sup> Article 2.f de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>57</sup> Articles 5 et 4, alinéa 3 de la directive « téléphonie vocale (1998) » ainsi que l'article 5.1 de la directive « interconnexion ».

<sup>58</sup> Voir notamment le considérant 18 de la directive « services ».

lignes louées « dans la mesure nécessaire pour garantir l'interopérabilité de ces services pour tous les utilisateurs sur le territoire de la Communauté »<sup>59</sup>.

Le volet protection de l'utilisateur a pour sa part également été maintenu. Prenons pour exemple la nouvelle directive « téléphonie vocale (1998) » qui contient, comme le faisait la directive « téléphonie vocale (1995) », des dispositions relatives à l'obligation d'établir un contrat, à la facturation détaillée et aux factures impayées<sup>60</sup>.

Il convient d'ajouter que, de manière générale, la concurrence est considérée comme le meilleur garant des droits des utilisateurs, aussi bien en ce qui concerne les aspects de fourniture de services (meilleurs services à des prix moins chers)<sup>61</sup> qu'en ce qui concerne la protection des droits des utilisateurs par rapport à des organismes disposant d'un grand pouvoir de négociation.

Il y a également eu un aménagement du champ de l'ONP. Si les mesures de la première phase couvraient des réseaux et services spécifiques<sup>62</sup>, ils se sont vu adjoindre dans la deuxième phase des mesures relatives à des thèmes spécifiques, à savoir l'interconnexion et le service universel (voir *supra*).

Les modifications les plus fondamentales ont été réalisées au niveau des destinataires des obligations ONP. Avec l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux en matière de fourniture de services de télécommunications ainsi qu'en matière de mise en place et d'exploitation de réseaux de télécommunications, il ne devrait en principe plus y avoir d'organismes de télécommunications dans le sens décrit ci-dessus. La question des entités auxquelles s'appliquent les principes et obligations de l'ONP a donc dû être revue.

Dans l'élaboration du critère pour les « nouveaux destinataires » des obligations ONP, les discussions, qui ont abouti au concept de puissance significative sur le marché, ont été guidées par plusieurs considérations. Ainsi on a d'abord estimé que « l'approche devra être souple, de manière à ce que le champ d'application des dispositions ONP puisse varier d'une directive à l'autre *et qu'*une directive puisse prévoir des obligations différentes selon les catégories d'organismes fournissant des réseaux ou des services publics de

---

<sup>59</sup> Article 3.2 de la directive « interconnexion ».

<sup>60</sup> Voir respectivement les articles 10, 14 et 21 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>61</sup> Voir déjà « livre vert de 1987 », p. 47-48 et H. UNGERER, avec la collaboration de N. COSTELLO, *Télécommunications en Europe...*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>62</sup> Voir à ce sujet la liste des « domaines pour lesquels des conditions de fourniture du réseau ouvert peuvent être élaborées ... » reprise à l'annexe I de la directive « ONP-cadre (1990) ».

télécommunications »<sup>63</sup>. De plus il paraissait opportun de « tenir compte de la position des acteurs sur le marché »<sup>64</sup> « afin de pouvoir s'adapter à l'évolution du marché des télécommunications et spécialement à l'évolution de la concurrence »<sup>65</sup>. Selon le document de discussion du Comité ONP ONPCOM94-44<sup>66</sup> « tout critère utilisé afin de déterminer à qui les conditions ONP s'appliquent devrait être basé sur des faits simples et facilement vérifiables afin de garantir la sécurité juridique que le marché demande. Il est proposé qu'un organisme qui dépasse un pourcentage seuil (N%) de parts du marché concerné devrait être soumis aux conditions ONP. Le pourcentage effectivement retenu devrait être suffisamment élevé pour que de nouveaux entrants ne soient pas indûment confrontés à une barrière à l'entrée, mais suffisamment bas pour que toutes les obligations décidées dans l'intérêt général au niveau de la Communauté européenne soient partagées de manière loyale par tous les organismes qui ont obtenu une part du marché suffisante. Un chiffre seuil choisi de cette manière ne limitera pas les conditions ONP à seulement une organisation dominante »<sup>67</sup>. Comme pourcentage seuil, le document du Comité ONP proposait 25 % comme étant une mesure de maturité dans un ensemble de situations de par le monde<sup>68</sup>. La conséquence de l'adoption de ce critère a été que ce sont essentiellement les opérateurs historiques qui tombent sous l'application de l'ONP, ce qui nous paraît avoir du sens. En effet, ce sont eux qui, vu leur position très forte sur le marché « héritée du passé », peuvent présenter les plus grands risques pour le développement d'une concurrence effective et pour la protection des consommateurs. Ce sont eux aussi qui en principe peuvent le plus aisément garantir la fourniture de certains services sur l'ensemble d'un territoire national. Suite au développement du marché, pas moins de dix États membres ont cependant notifié à l'heure actuelle deux opérateurs comme étant puissant sur le marché des mobiles.

---

63 Communication de la Commission, La consultation sur le livre vert sur la libéralisation des infrastructures de télécommunications et des réseaux de télévision par câble, COM(95) 158 final, 3 mai 1995, p. 34.

64 Communication de la Commission, COM(94) 513 final, *op. cit.*, p. 13. Voir aussi ONP Committee, Memorandum on Future Approach to Open Network Provision, ONPCOM94-29bis, 4 juillet 1994, p. 6.

65 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la consultation sur l'examen de la situation dans le secteur des services de télécommunications, COM(93) 159 final, 28 avril 1993, p. 22 et ONPCOM94-44, *cit. supra*, p. 7.

66 *Cit. supra*.

67 *Idem*, p. 8 – traduction libre.

68 *Ibidem*.



Une autre proposition avait été mise à l'avant par l'ETNO<sup>69</sup>, mais n'a pas été retenue, à savoir le critère du « goulet d'étranglement »<sup>70</sup>. L'ETNO se prononçait en effet contre une application automatique des obligations de l'ONP nouveau aux opérateurs historiques, les anciens organismes de télécommunications — ce qui peut se comprendre dans le chef d'une association de ces opérateurs<sup>71</sup>. Elle refusait de plus les critères de taille ou parts du marché. Selon l'ETNO, un critère qui pourrait être utilisé pour une forme de dominance nécessitant une réglementation *ex ante* serait l'existence d'un goulot d'étranglement pour l'accès à l'utilisateur final sans qu'existe la possibilité de 'by-pass'. Aux opérateurs qui auraient le bénéfice d'un tel accès exclusif, on devrait appliquer les règles ONP et ce, en ce qui concerne la fourniture de ces seules facilités de goulot d'étranglement<sup>72</sup>. Ce concept rappelle, même s'il est plus large<sup>73</sup>, celui des « facilités essentielles » dont le fait d'en disposer constitue un cas d'application d'une position dominante au sens des règles de la concurrence<sup>74</sup>. Par ailleurs le concept de position dominante avait lui-même été proposé comme critère par certains États membres<sup>75</sup>.

En rapport avec les objectifs de la fourniture d'un réseau ouvert tels que revus dans le contexte de la préparation du cadre réglementaire pour l'après 1998 (voir *supra*, point II.2.), les organismes puissants sont des destinataires importants, mais cependant pas les seuls opérateurs de télécommunications qui soient soumis à des obligations.

L'objectif de développement d'une concurrence loyale se traduit par des obligations principalement imposées aux organismes puissants. Citons dans ce

---

<sup>69</sup> European Public Telecommunications Network Operator's Association.

<sup>70</sup> ETNO ONP WG, « Reflexion documentation on the future of ONP, September 1993, auquel se réfère ANALYSIS Ltd, *Network Europe – Telecommunications Policy to 2000*, Briefing Report Series European Telecommunications 9, Analysis Publications, Cambridge, 1994, p. 79. Voir également Communication de la Commission, COM(95) 158 final, *cit. supra*, p. 11 et 26 qui indique que ce point de vue est partagé par « de nombreux exploitants en place » (p. 11).

<sup>71</sup> Voir ANALYSIS Ltd, *Network Europe – Telecommunications Policy to 2000*, *cit. supra*, p. 79.

<sup>72</sup> *Ibidem*, et ETNO, « Reflexion documentation... », *op.cit.*

<sup>73</sup> Dans ce sens, voir ANALYSIS, SQUIRE SANDERS & DEMPSEY, *Consumer Demand for Telecommunications Services and the Implications of the Convergence of Fixed and Mobile Networks for the Regulatory Framework for a Liberalised EU Market – Discussion Document for Public Workshop of 30 June 1999*, June 1999, p. 81. Voir également D. LEWIN and D. ROGERSON, *A review of the Interconnection Directive - Initial proposals for discussion*, OVUM Ltd, London June 1999, p. 28. Les deux documents sont disponibles sur <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/Study-en.htm>.

<sup>74</sup> Voir à ce sujet également la contribution dans cet ouvrage d'A. de STREEL et E. VÉGIS, « La théorie des facilités essentielles et son application aux télécommunications ».

<sup>75</sup> ONPCOM94-29bis, *cit. supra*, p. 5, ONPCOM94-44, *cit. supra*, p. 5.

contexte l'obligation faite aux organismes puissants sur le marché pour la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes d'appliquer le principe de non-discrimination aux organismes prestataires de services similaires<sup>76</sup>. Rappelons également l'obligation de l'orientation des tarifs en fonction des coûts. Mentionnons encore les obligations imposées aux organismes puissants en matière de présélection des opérateurs<sup>77</sup>.

Par contre, l'objectif d'harmonisation nous paraît être un objectif transversal qui s'adresse en principe à tous les acteurs sur le secteur sans viser spécifiquement les organismes puissants de par leur qualité de puissants. Ainsi en est-il des dispositions visant l'application de normes techniques harmonisées pour assurer l'interopérabilité de services transfrontaliers<sup>78</sup>. Une nuance peut être vue en matière de l'obligation faite aux États membres d'assurer la fourniture d'un ensemble minimal de lignes louées selon certaines caractéristiques techniques harmonisées<sup>79</sup>. En effet cette obligation peut en principe être applicable seulement aux organismes puissants sur le marché des lignes louées (s'il y en a), comme toute autre obligation issue de la directive « lignes louées (1997) » d'ailleurs<sup>80</sup>.

Finalement, l'objectif de garantir les droits des utilisateurs finaux est également mis en oeuvre à travers d'autres organismes que les puissants. En ce qui concerne le volet des fournitures garanties, il faut d'abord constater qu'en matière de service universel, les États membres peuvent désigner « un ou plusieurs opérateurs de telle sorte que l'ensemble de leur territoire soit couvert »<sup>81</sup>, sans que cette désignation ne soit liée à la qualité d'organisme puissant. L'obligation de fournir certains compléments de services comme l'identification de la ligne d'appel ou le renvoi automatique d'appel est par contre uniquement imposée aux organismes puissants<sup>82</sup>. Il s'agit là cependant d'une obligation assez marginale. En matière de lignes louées la fourniture d'un ensemble minimal de lignes louées présentant des caractéristiques

---

<sup>76</sup> Article 16.7 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>77</sup> Directive « interconnexion », article 12.7 tel qu'introduit par l'article 1.3 de la directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, *J.O.C.E.*, n° L 268/37 du 3 octobre 1998 (directive « numérotation »).

<sup>78</sup> Article 5 de la directive « ONP-cadre (1997) ».

<sup>79</sup> Article 7 de la directive « lignes louées (1997) ».

<sup>80</sup> *Idem*, voir articles 7, 11.1bis et 1, alinéa 3. Selon ce dernier « les États membres veillent à ce que les obligations découlant de la présente directive ne soient pas imposées aux organismes qui ne sont pas puissants sur le marché des lignes louées, à moins qu'il n'y ait pas d'organismes puissants sur ledit marché dans un État membre donné ».

<sup>81</sup> Article 5.1 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>82</sup> *Idem*, article 15.1 et annexe I, deuxième partie.

techniques harmonisées pourrait en théorie être imposée à tous les opérateurs mais ne le sera en fait uniquement qu'aux organismes puissants (voir *supra*). Finalement, en ce qui concerne le régime de l'interconnexion, l'obligation faite aux États membres d'assurer une interconnexion efficace et appropriée des réseaux publics afin de garantir une interopérabilité trans-européenne des services pour tous les utilisateurs est aussi mise en oeuvre à travers d'autres opérateurs que ceux qui sont désignés comme puissants<sup>83</sup>. Un autre exemple est le fait que tout opérateur d'un service téléphonique public fixe est soumis à l'obligation d'offrir la portabilité des numéros<sup>84</sup>.

En ce qui concerne le volet des dispositions des directives que l'on peut considérer comme visant la protection du consommateur, l'applicabilité de ces clauses a largement été généralisée à tous les opérateurs. Ainsi en matière de téléphonie vocale et de service universel, dorénavant tous les organismes fournissant un accès aux réseaux téléphoniques publics fixes ou mobiles sont soumis à l'établissement d'un contrat<sup>85</sup>. Il en est de même concernant les modalités et conditions standard pour les services de téléphonie<sup>86</sup>. Ici aussi, des nuances s'imposent. En matière de téléphonie vocale, certaines obligations — très limitées — qu'on pourrait considérer comme relevant (entre autres) de la protection des consommateurs ont été imposées uniquement aux organismes puissants (par exemple « les modifications de tarifs ne sont mises en vigueur qu'après une période adéquate de préavis au public, fixée par l'autorité réglementaire nationale »<sup>87</sup>). Ensuite, les obligations prévues par la directive « lignes louées (1997) » (par exemple relativement au maintien des offres existantes<sup>88</sup>), sont en principe applicables uniquement aux seuls organismes puissants (voir *supra*).

Rappelons que toute tentative de systématisation peut paraître quelque peu artificielle et vaine en raison du fait que bon nombre des obligations reprises ci-dessus peuvent être considérées comme se rattachant à plus d'un objectif (voir *supra* II.1). C'est par exemple le cas pour les obligations en matière d'interconnexion ou en matière de numérotation. De plus, le fait que toutes les obligations prévues par la directive « lignes louées (1997) » s'appliquent en principe uniquement aux organismes puissants a pour conséquence que ces derniers se voient soumis à des obligations concernant

---

83 Voir article 4.1 de la directive « interconnexion ».

84 *Idem*, article 12.5, introduit par l'article 1.2 de la directive « numérotation ».

85 Article 10 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

86 *Idem*, article 11.1.

87 *Idem*, article 17.5.

88 Directive « lignes louées (1997) », article 5.

tous les objectifs de l'ONP. Ajoutons que c'est selon nous surtout par rapport à l'objectif d'organiser une transition vers une concurrence effective que le concept de puissance significative sur le marché trouve sa justification et son utilité.

### **III. MISE EN ŒUVRE DU CONCEPT DE « PUISSANCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHÉ »**

La mise en œuvre du concept semble être marquée par quatre éléments et moments essentiels :

- la détermination des critères de classification comme organisme puissant à savoir la définition des marchés en cause (voir *infra* point III.1.1. et point III.1.2) et des critères à utiliser pour apprécier la position sur le marché des entreprises visées (voir *infra* point III.1.3),
- la détermination *in concreto* de la puissance et donc la désignation comme organisme puissant (voir *infra* point III.1.3),
- la détermination des obligations qui incombent à un organisme puissant (voir *infra* point III.2.1),
- le moment de l'applicabilité de ces obligations (voir *infra* point III.2.2).

#### ***III.1. Détermination de la puissance sur le marché***

Afin de considérer un organisme comme puissant sur un marché, trois éléments doivent être pris en compte : le marché de produits ou de services, le marché géographique et finalement la position que l'organisme visé occupe sur les marchés concernés. Notons que les dispositions des directives à cet égard sont explicitées par la note « Significant market Power »<sup>89</sup> publiée par la DG XIII de la Commission européenne.

##### **III.1.1. Le marché de produits ou de services en cause**

Afin de donner un maximum de sécurité juridique aux opérateurs, les marchés de produits en cause pour la détermination de la puissance

---

<sup>89</sup> Commission européenne, DG XIII Explanatory Note, Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives, 1<sup>st</sup> March 1999, disponible sous <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/comm-en.htm> (miscellaneous documents).

significative sur le marché d'un organisme sont déterminés *ex ante* par les directives ONP pertinentes<sup>90</sup>, le cas échéant de manière spécifique pour une obligation déterminée. Il s'agit en ce qui concerne la directive « lignes louées (1997) », « du (des) type(s) de ligne(s) louée(s) offert(s) dans une zone géographique particulière »<sup>91</sup>. Aux fins de la directive « téléphonie vocale (1998) », il s'agit « des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services de téléphonie vocale »<sup>92</sup>. Aucune distinction n'est faite en fonction des segments de marché (par exemple téléphonie locale — longue distance — internationale)<sup>93</sup>. La directive « interconnexion distingue quatre marchés de produits pertinents<sup>94</sup> : le marché des réseaux téléphoniques publics fixes et/ou des services téléphoniques publics fixes<sup>95</sup>, le marché des lignes louées<sup>96</sup>, le marché des réseaux publics de téléphonie mobile et/ou des services publics de téléphonie mobile<sup>97</sup> et finalement le marché national de l'interconnexion<sup>98</sup>. En ce qui concerne ce dernier marché, les opérateurs de réseaux et ou services de téléphonie mobile sont soumis à l'obligation de transparence et d'orientation des tarifs en fonction des coûts s'ils sont notifiés comme étant puissants sur ce marché national de l'interconnexion (c'est-à-dire le marché combiné de l'interconnexion fixe et mobile) <sup>99</sup>.

La détermination des marchés est aussi tributaire de l'objet et des objectifs des directives concernées<sup>100</sup>. Par exemple, en ce qui concerne l'interconnexion, cette dernière « est définie ... comme la liaison physique et logique de réseaux ; c'est le pouvoir de marché d'opérateurs de réseaux qui doit être examiné quand on détermine la puissance significative sur le marché, et cela influence à son tour la définition du marché pertinent<sup>101</sup> ». En d'autres termes, un organisme qui se limite à revendre un service de téléphonie vocale

---

<sup>90</sup> Note « Significant Market Power », p. 2.

<sup>91</sup> Articles 2.3, alinéa 1<sup>er</sup> et 11.1*bis* et note « Significant Market Power », p. 4.

<sup>92</sup> Article 2.2.i, alinéa 1<sup>er</sup> et note « Significant Market Power », p. 5. Selon l'article 2.2.e de la directive « téléphonie vocale (1998) », le concept de service de téléphonie vocale vise la téléphonie fixe et non pas la téléphonie mobile.

<sup>93</sup> Note « Significant Market Power », p. 5.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 6–10.

<sup>95</sup> Directive « interconnexion », annexe I, 1<sup>ère</sup> partie ainsi que les articles 4.2, 6, 7 et 8.2.

<sup>96</sup> *Idem*, annexe I, 2<sup>ème</sup> partie ainsi que les articles 4.2, 6, 7 et 8.2.

<sup>97</sup> *Idem*, annexe I, 3<sup>ème</sup> partie ainsi que les articles 4.2 et 6.

<sup>98</sup> *Idem*, annexe I, 3<sup>ème</sup> partie ainsi que l'article 7.2.

<sup>99</sup> À ce sujet voir Communication de la Commission relative à la tarification de l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé, *J.O.C.E.*, n° C 84/3 du 19 mars 1998, point 5.1.1.

<sup>100</sup> Voir note « Significant Market Power », p. 2, 5, 7.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 7.

fixe ou mobile, sans le faire sur un réseau qu'il exploite (soit sa propre infrastructure, soit des lignes louées à un autre opérateur<sup>102</sup>), n'est pas concerné.

### III.1.2. Le marché géographique en cause

Le marché géographique à prendre en compte est en principe également déterminé *ex ante* par les différentes directives. Comme ces directives sont transposées État membre par État membre, le territoire pris en considération par les différentes ARN pour apprécier la puissance sur le marché d'un organisme peut au maximum être le territoire national de l'État membre concerné.

Dans ce cadre, les directives « interconnexion » et « téléphonie vocale (1998) » déterminent, comme marché géographique en cause, la zone géographique sur laquelle porte l'autorisation de l'organisme concerné d'exploiter les réseaux et services visés<sup>103</sup>. Cette définition claire appelle cependant plusieurs remarques. D'abord la note « Significant Market Power » parle, à propos de la téléphonie vocale, de la zone géographique dans laquelle un opérateur est autorisé à fournir et/ou fournit des réseaux ou services<sup>104</sup>. Ensuite, il y a un problème de traduction des différentes versions linguistiques des directives. Alors que les versions anglaise et allemande permettent de considérer la zone de l'autorisation comme marché géographique pertinent aux fins des directives « interconnexion » et « téléphonie vocale (1998) », ceci n'est pas le cas pour les versions françaises. Celles-ci (en raison de la préposition « duquel ») semblent plutôt viser une quelconque zone géographique « d'un État membre au sein duquel *un opérateur* est autorisé à exercer ses activités »<sup>105</sup>. Cette manière de lire laisse une plus grande marge de manœuvre à l'autorité réglementaire nationale. Finalement, la note « Significant Market Power » considère en sa page 11 le cas où, en raison de certaines circonstances, le marché géographique ne peut pas être la zone de l'autorisation. Il en est par exemple ainsi quand un opérateur qui historiquement avait un monopole sur une petite partie d'un territoire national, dispose aujourd'hui d'une autorisation à l'échelle nationale et reste très fort dans son ancien territoire d'exploitation tout en étant très faible dans le reste du pays, comme c'est le cas pour City of Kingston Communications (Hull)

---

<sup>102</sup> *Idem*, note infrapaginale 5.

<sup>103</sup> Articles 4.3, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive « interconnexion » et 2.2.i, alinéa 2 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>104</sup> P. 5.

<sup>105</sup> Article 4.3, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive « interconnexion » et article 2.2.i, alinéa 2 de la directive « téléphonie vocale (1998) »

plc. Dans pareille hypothèse, l'ARN peut décider qu'un tel opérateur est puissant uniquement dans la zone anciennement couverte par son monopole. Pour sauvegarder la sécurité juridique, l'ARN devra, dans un pareil cas, publier à l'avance les critères de détermination de zones géographiques spéciales.

Ajoutons que pour la directive « lignes louées (1997) » un système « dérogatoire » est appliqué, comme en cette matière, le marché géographique en cause est une zone géographique qui peut, selon la volonté de l'ARN, couvrir tout ou partie d'un État membre<sup>106</sup>.

### ***III.1.3. La position sur le marché: éléments d'appréciation et désignation des organismes puissants***

Un organisme est puissant sur un marché en cause quand il est désigné en tant que tel par son ARN compétente. Même si seule la directive « téléphonie vocale » définit explicitement comme organisme puissant « un organisme ... désigné ... par l'autorité réglementaire nationale comme étant puissant... »<sup>107</sup>, cela nous semble découler du contexte général des directives ONP et de la manière selon laquelle le concept de puissance significative sur le marché est mise en œuvre<sup>108</sup>. L'ARN procède à cette désignation sur base d'une présomption établie par les directives selon laquelle « un organisme est réputé être puissant sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25 % d'un marché donné des télécommunications »<sup>109</sup>. L'ARN peut cependant décider qu'un organisme possédant une part inférieure à 25 % du marché concerné est puissant sur le marché ou qu'un organisme détenant une part supérieure à 25 % du marché concerné n'est pas puissant (voir *supra* point I). La liste des critères sur lesquels l'ARN se base à cet effet ne nous paraît pas être limitative. L'ARN devra cependant respecter la pertinence et la proportionnalité ainsi que publier à l'avance les critères qu'elle compte utiliser<sup>110</sup>. Rappelons que la Commission européenne pourra demander à

---

<sup>106</sup> Article 2.3, alinéa 1<sup>er</sup> et note « Significant Market Power », p. 4.

<sup>107</sup> Article 2.2.i, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>108</sup> Notamment le fait que l'ARN peut déroger à la présomption induite par une part de marché de 25 % nous semble impliquer la nécessité d'une décision de sa part (voir *infra*). Ajoutons que si un organisme est puissant seulement à partir de sa désignation par l'ARN il n'en est pas de même en ce qui concerne sa notification (voir *supra* point I) à la Commission européenne. Voir également article 4.3 de la directive « interconnexion », article 2.3 de la directive « lignes louées (1997) » et note « Significant Market Power », p. 1.

<sup>109</sup> Article 4.3, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive « interconnexion ».

<sup>110</sup> Note « Significant Market Power », p. 11.

l'ARN de justifier sa décision, du moins en vertu des directives « interconnexion » et « téléphonie vocale (1998) »<sup>111</sup>.

Précisons que pour les directives « lignes louées (1997) » et « téléphonie vocale (1998) » cette part doit être égale ou supérieure à 25 % pour déclencher la présomption de puissance, alors que la directive « interconnexion (1998) » parle d'une « part supérieure à 25 % »<sup>112</sup>.

La manière selon laquelle une ARN déterminera *in concreto* si un organisme détient 25 % des parts du marché ou pas n'est pas prévue par les directives. La note « Significant Market Power » propose en ses pages 2 à 10 une méthodologie qui suggère aux ARN de suivre trois étapes : décider quels paramètres elle utilisera pour mesurer la taille globale du marché et les parts qu'ont les différents opérateurs sur le marché en cause, collectionner les données sur l'activité économique des opérateurs actifs sur le marché pertinent<sup>113</sup> et finalement décider éventuellement de déroger au principe des 25 % des parts de marché et justifier pareille dérogation. La note « Significant Market Power » propose de suivre la méthodologie élaborée par le droit de la concurrence pour mesurer la taille globale du marché et les parts qu'ont les différents opérateurs sur le marché en cause, et tout spécifiquement celle décrite par la communication « définition du marché »<sup>114</sup> dans sa partie IV « calcul des parts de marché » et se baser en conséquence sur le chiffre d'affaires.

En ce qui concerne la relation entre les concepts de puissance sur le marché et de position dominante utilisés par le droit de la concurrence, « il est clair, toutefois, que la notion de puissance sur le marché s'applique, en général, à une situation de pouvoir économique sur un marché moins fort que celui qui confère la position dominante. C'est pourquoi le fait qu'une entreprise soit puissante sur le marché dans le cadre des règles ONP ne créera pas automatiquement une présomption de position dominante, même si, dans une situation donnée, tel pouvait être le cas »<sup>115</sup>. De plus « une entreprise peut avoir une position dominante sur un segment particulier du marché mais ne

---

<sup>111</sup> Article 18.2, alinéa 2 de la directive « interconnexion » et article 25.2, alinéa 2 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

<sup>112</sup> Article 2.3, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive « lignes louées (1997) », article 2.2.i, alinéa 2. de la directive et « téléphonie vocale (1998) » et article 4.3 al. 1. de la directive « interconnexion ».

<sup>113</sup> Ceci est possible en vertu de l'article 5*bis*,4 de la directive « ONP-cadre (1997) », de l'article 8.3 de la directive « interconnexion » et de l'article 18.4 de la directive « téléphonie vocale (1998) ». De plus les autorisations peuvent contenir des conditions liées à la fourniture des informations raisonnablement exigées (directive « licences », annexe, point 2.2).

<sup>114</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, n° C 372/5 du 9 décembre 1997.

<sup>115</sup> Communication « accords d'accès », note infrapaginale 57.



pas être considérée comme ayant une puissance significative sur le marché aux fins de l'ONP »<sup>116</sup>. Ce fait est notamment lié à la détermination des marchés (voir *infra* point III.2.2, le cas de Kingston Communications). En effet, pour déterminer une position dominante, la situation de l'entreprise sur le marché est appréciée sur base d'indices qui sont évalués par les instances compétentes (au niveau européen : Cour de Justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes ainsi que Commission européenne) au cas par cas et qui ne sont pas arrêtés à l'avance. Parmi ces indices, des parts de marché élevées, avoisinant les 50 %, sont considérées comme un des plus importants<sup>117</sup>. Les marchés géographiques et de produits en cause sont également déterminés pour chaque cas individuel, sans être fixés à l'avance de manière générale<sup>118</sup>.

### ***III.2. Conséquences de la désignation comme organisme puissant : les obligations imposées***

#### **III.2.1. Détermination des obligations**

Les obligations que les organismes puissants encourent de par leur qualification comme puissants, sont déterminées *ex ante* de manière précise par les différentes directives ONP (voir *supra*, surtout point II.2 ; voir aussi l'annexe).

Il convient ici d'insister sur le fait que les directives ONP prévoient des obligations « structurantes » qui visent à organiser le marché et notamment sa transition vers une concurrence effective (voir *supra*, point II.2 ; voir aussi l'annexe). Par conséquent, la désignation comme organisme puissant entraîne de pareilles obligations dans le chef des organismes concernés. L'optique des obligations est donc plutôt celle d'obligations « de faire » (par exemple donner accès, fournir des informations, ...) même si cette optique peut se traduire également par des abstentions (par exemple ne pas discriminer).

---

<sup>116</sup> Note « Significant Market Power », p. 3, traduction libre.

<sup>117</sup> Voir CJCE, Hoffman-La Roche (Vitamines) contre Commission, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 521 (point 41) et CJCE, AKZO contre Commission, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3453 (spécialement point 61).

<sup>118</sup> A. BRAAKMAN, H. SCHRÖTER, « Introduction » in A. BRAAKMAN (ed.), *L'application des articles 85 et 86 du traité CE par les juridictions nationales des États membres*, Communautés européennes, Bruxelles, 1997, p. 94 – 99.

### III.2.2. Moment de l'applicabilité des obligations

Ce n'est qu'à partir du moment de la classification par l'ARN comme puissant sur le marché en cause que l'organisme concerné encourra les obligations liées à cette qualité (voir *supra* point III.1.3). Le moment de l'appréciation se situe donc *ex ante* par rapport à l'entrée en vigueur des obligations, même si cette appréciation est faite par l'ARN compétente pour chaque cas concret et non pas, comme c'est le cas (en tout cas en théorie) pour les marchés pertinents, une fois pour toute par les directives, en quelque sorte *ex ante* à l'entrée sur le marché de l'opérateur.

## IV. AVENIR DU CONCEPT DE « PUISSANCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHÉ »

Le concept de puissance significative sur le marché doit-il encore avoir un avenir comme concept indépendant à part entière ou devrait-il être abandonné, voire se fondre dans celui de position dominante ? La question est à l'ordre du jour du « réexamen 1999 » de la réglementation européenne des télécommunications. Dans le cadre du réexamen, la Commission européenne a lancé treize études. Les rapports intermédiaires de deux d'entre elles ont, à l'heure actuelle, adressé, parmi d'autres questions, le futur du concept d'opérateur puissant et ses relations avec le concept de position dominante. Une de ces deux études porte sur le réexamen de la directive « interconnexion »<sup>119</sup> et se prononce en faveur d'une articulation des deux concepts selon laquelle les organismes puissants devraient être soumis à des obligations légères alors que les organismes qui jouiraient d'une position dominante devraient être soumis à des obligations lourdes comme l'orientation des tarifs en fonction des coûts<sup>120</sup>. L'autre étude porte sur la convergence entre communications fixes et mobiles<sup>121</sup> et opte plutôt pour une fusion du concept de puissance significative sur le marché avec celui de dominance, ce qui se traduirait par une définition commune des marchés et un seuil de parts du marché de 40% - 50%<sup>122</sup>.

Une série de réflexions semblent pouvoir être émises au sujet de l'avenir du concept de puissance significative sur le marché.

---

<sup>119</sup> D. LEWIN and D. ROGERSON, *A review of the Interconnection Directive...*, *op. cit.*

<sup>120</sup> *Idem*, p. 25-34 spécialement p. 29 et 33.

<sup>121</sup> ANALYSYS, SQUIRE SANDERS & DEMPSEY, *Consumer Demand for Telecommunications Services...*, *op. cit.*

<sup>122</sup> *Idem*, p. 44, 48-49 et 78-83.

#### ***IV.1. Raison(s) d'être du concept de puissance significative sur le marché***

Le concept d'organisme qui dispose d'une puissance significative sur le marché a été imaginé dans le contexte de la préparation de la libéralisation totale du secteur. Nous avons vu (voir *supra*, point II.2) qu'en plus de son emploi en matière de garantie des droits des utilisateurs finaux, il a principalement été utilisé pour organiser et assurer la transition du secteur des télécommunications vers une concurrence effective, et ce dans l'intérêt des opérateurs et prestataires d'infrastructures et de services mais par ailleurs également dans l'intérêt des utilisateurs finaux.

Pour réaliser les objectifs que le concept de puissance significative sur le marché garantit dans un contexte de sécurité juridique maximale, la détermination précise des obligations qui incomberont à l'organisme désigné comme puissant et la spécification des critères qui seront utilisés pour juger de la puissance d'un opérateur sur le marché (c'est-à-dire la détermination du marché géographique pertinent, du marché de produit pertinent et les critères de la situation de puissance) sont arrêtées en principe *ex ante* par les différentes directives pertinentes. Cette sécurité juridique est encore augmentée par le fait que les obligations qu'encourt un organisme puissant ne s'appliquent à lui qu'une fois qu'il a concrètement été désigné comme puissant. Elles ne sont donc pas « latentes » comme c'est le cas pour l'interdiction « d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci »<sup>123</sup>. En effet, l'obligation de ne pas abuser d'une position dominante existe dans le chef de l'organisme concerné tout au long de l'exercice de ses activités, c'est-à-dire après, mais aussi avant qu'il ne soit qualifié comme dominant par les instances compétentes. De plus, le contenu exact de la notion d'abus est évalué au cas par cas, sans qu'il soit précisé *ex ante*.

#### ***IV.2. Mise en doute de la pertinence du concept pour l'avenir***

La pertinence du concept de puissance significative sur le marché peut être mise en doute, surtout en ce qui concerne l'utilité de son application dans l'avenir. Ainsi, le quatrième rapport de la Commission européenne sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications<sup>124</sup> adopté en novembre 1998 (c'est-à-dire un an à peine après l'échéance de libéralisation complète du 1<sup>er</sup> janvier 1998), constate que la concurrence dans le secteur est

---

<sup>123</sup> Article 82 (*ex-86*) du traité CE.

<sup>124</sup> Communication de la Commission, Quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation en matière de télécommunications, COM(1998) 594 final, 25 novembre 1998.

en pleine croissance<sup>125</sup>. Ce processus n'a fait que s'accroître depuis lors. De plus, pour un élément clé des obligations en matière de fournitures garanties, à savoir le service universel, les organismes puissants ne se voient déjà actuellement plus imposés des obligations uniquement en raison de leur qualité de puissants.

La mise en oeuvre concrète du concept de puissance significative sur le marché s'expose pour sa part à des critiques, notamment en ce qui concerne la rigueur d'application et les aspects de sécurité juridique. Nous avons en effet constaté (voir *supra* point III) que la spécification *ex ante* des critères qui sont utilisés pour juger de la puissance d'un opérateur sur le marché est, dans la réalité des faits, sujet à nuances et qu'il existe en tout cas des marges de manœuvre et des possibilités de flexibilité pour les autorités réglementaires nationales.

#### ***IV.3. Confirmation de principe de l'importance du concept dans le futur***

Et pourtant, nous pensons que le concept de puissance significative sur le marché a encore une raison d'être à l'avenir.

D'abord la question se pose de savoir si la transition vers une concurrence effective sur le secteur des télécommunications peut être considérée comme achevée, ce qui aurait pour conséquence que les dispositions de réglementation sectorielle spécifique visant à gérer cette transition et donc aussi le critère d'organisme puissant sur le marché qu'elles utilisent n'auraient plus raison d'être. Nous pensons que ce n'est actuellement pas encore le cas et qu'une concurrence croissante telle que notamment constatée par le quatrième rapport sur la mise en oeuvre de la réglementation citée ci-dessus ne veut pas encore dire que la concurrence est généralisée et effective, même dans les pays qui ne disposent pas de périodes de transition supplémentaires pour la libéralisation<sup>126</sup>. Pour le dire selon les mots de la Commission européenne, « le processus de transformation du secteur vers une concurrence complète n'a pas encore été achevé »<sup>127</sup>. Ce développement d'une concurrence effective pourra d'ailleurs encore durer bon nombre d'années<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> *Idem*, p. 6 – 9 et annexe 1 « données du marché / market data » qui est repris dans Commission Services' Working Document, Fourth Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package – Annexes, SEC(1998) 1981, 25 novembre 1998, p. 1-36.

<sup>126</sup> Actuellement il ne s'agit plus que du Portugal et de la Grèce.

<sup>127</sup> Traduction libre de la Commission européenne, DG XIII Discussion Document – The 1999 Review, *op. cit.*, p. 4. Voir aussi même document, p. 12 et 13.

<sup>128</sup> Dans le même sens: A. M. NOLL, « Much ado about nothing ? », *Info*, vol. 1, n°. 2, avril 1999, p. 117–120.

Par conséquent, déjà à cet égard, le maintien des obligations spécifiques liées au concept de puissance significative sur le marché se justifie.

Cette constatation générale n'est par ailleurs pas contredite par le fait que pour certaines thématiques spécifiques, la concurrence peut être considérée comme suffisante pour justifier dorénavant la non-application de règles et d'obligations spécifiques. Tel est le cas en matière de marchés publics où la concurrence a été jugée comme suffisante<sup>129</sup> pour ne plus appliquer les obligations spécifiques de la directive 93/38/CEE<sup>130</sup> aux marchés visant à permettre la fourniture de certains services de télécommunications. Il paraît en effet compréhensible qu'un opérateur historique ne préfère plus un fournisseur d'équipement, uniquement parce que ce dernier serait un fournisseur « national » même plus cher que d'autres. La question de savoir si ce même opérateur n'utilisera pas sa position forte sur le marché pour gêner des concurrents éventuels, se situe cependant sur un tout autre plan.

Ensuite, la question de l'utilité du concept de puissance significative sur le marché peut être posée en ce qui concerne la garantie de certains droits aux utilisateurs finaux. Rappelons d'abord l'idée selon laquelle une concurrence effective constitue en elle-même une bonne garantie des droits des utilisateurs finaux, à la fois en ce qui concerne la fourniture de services de bonne qualité à bas prix et une protection contre un pouvoir de négociation exacerbé d'un opérateur spécifique. Il est vrai que les obligations imposées en la matière aux organismes puissants ne sont pas légion. Sans avoir une réponse définitive, il nous semble cependant qu'elles pourraient se justifier. Ceci d'une part en raison du fait que leur position sur le marché pourrait rendre les organismes puissants mieux à même que d'autres de fournir certaines activités avec des caractéristiques (par exemple en matière de couverture et de prix) déterminés. Il pourrait donc au moins être et rester utile de pouvoir se replier sur les organismes puissants en cas d'absence d'un autre fournisseur. D'autre part, le grand pouvoir de négociation des organismes puissants face à des utilisateurs pourrait appeler des contrepoids dépassant les garanties déjà imposées à tout fournisseur de services ... du moins jusqu'à l'existence d'une concurrence effective.

Si l'utilité du concept de puissance significative sur le marché a été mise en doute, des critiques ont aussi été exprimées quant à sa mise en oeuvre

---

<sup>129</sup> Communication de la Commission au titre de l'article 8 de la directive 93/38/CEE – Liste des services considérés comme exclus, au titre de son article 8, du champ d'application de la directive 93/38/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.C.E.*, n° C 156/3 du 3 juin 1999.

<sup>130</sup> Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications *J.O.C.E.*, n° L 199/84 du 9 août 1993.

concrète. À cet égard, les remarques suivantes nous semblent opportunes. Etre classé comme organisme puissant entraîne des obligations organisationnelles importantes (par exemple orienter les tarifs en fonction des coûts (voir *supra*), organiser la comptabilité d'une certaine manière<sup>131</sup>, accorder l'accès spécial<sup>132</sup>, ...). Au regard de la lourdeur de certaines de ces obligations comme l'orientation des tarifs en fonction des coûts, la sécurité juridique, c'est-à-dire savoir quelle obligation spécifique s'appliquera le cas échéant et quand, est essentielle pour les organismes potentiellement concernés. Nous pensons que du point de vue des organismes concernés, cette sécurité juridique vient du fait (voir *supra* point IV.1) que les obligations liées à la désignation comme organisme disposant d'une puissance significative sur le marché sont décrites *ex ante* de manière précise par les différentes directives, mais surtout du fait que ces obligations entrent en vigueur seulement après la classification d'un opérateur comme organisme puissant. Par conséquent, ce n'est qu'au moment où ils ont été désignés comme organismes puissants, que les organismes concernés doivent savoir avec précision comment est circonscrit le marché sur lequel l'autorité réglementaire nationale les considère comme actifs, parce que cette désignation n'a des effets que dans l'avenir. D'ailleurs, même une délimitation précise et *ex ante* des marchés géographique et de produit n'éliminerait pas une insécurité quant au moment de la désignation comme puissant. Un certain assouplissement à la fois de la détermination des marchés pertinents et des critères utilisés pour désigner un organisme comme puissant nous paraît donc possible et, qui plus est, utile (voir aussi *infra* point IV.4). En effet, de cette manière, on pourra tenir compte dans une certaine mesure du dynamisme technique et commercial qui caractérise le marché des télécommunications. Tout ceci ne devrait cependant pas verser dans l'autre extrême. Même si le système est appliqué par les autorités réglementaires nationales de manière flexible, les opérateurs devront, selon nous et dans un but de sécurité juridique, connaître les grandes catégories de marchés et les règles suivant lesquelles les autorités mettront en oeuvre leur pouvoir d'appréciation. Rappelons que la description *ex ante* et précise des obligations et leur entrée en vigueur uniquement à partir du moment de la désignation d'un organisme comme organisme puissant, constituent une différence clé entre la puissance significative sur le marché et la position dominante.

---

131 Article 10.2 et 3 de la directive « lignes louées (1997) », articles 7.1 et 5 de la directive « interconnexion », article 18 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

132 Article 4.2 de la directive « interconnexion » et article 16 de la directive « téléphonie vocale (1998) ».

Dans ce contexte, une fusion du concept de puissance significative sur le marché avec celui de position dominante<sup>133</sup> nous semble critiquable, même dans l'hypothèse où les deux concepts utiliseraient des seuils de parts de marché similaires (voir *infra* point IV.4). Les caractéristiques qui viennent d'être décrites constituent à notre avis des différences de taille qui devraient subsister même si on déterminait les marchés pertinents pour la puissance significative sur le marché *ex post* comme c'est le cas en matière de position dominante. Il nous paraîtrait d'ailleurs tout aussi inopportun de déterminer en matière de position dominante les marchés pertinents dans une certaine mesure *ex ante* comme c'est actuellement le cas en matière de puissance significative sur le marché. En effet, d'une part, la détermination *ex post* d'une position dominante nous semble adéquate au regard de la fonction du droit de concurrence qui paraît être avant tout une fonction de contrôle et de répression d'abus afin de sauvegarder la concurrence sur un marché<sup>134</sup>. D'autre part, appliquer une détermination des marchés *ex ante* aux seules positions dominantes dans le secteur des télécommunications casserait l'unicité dans la manière de déterminer la position dominante. Cette manière de déterminer est cependant fermement déterminée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et par les textes des instances européennes.

Un tel régime de fusion qui ne travaillerait plus qu'avec le seul concept de position dominante pourrait conduire à des situations paradoxales. On peut parfaitement imaginer une situation où un opérateur se verrait imposer sur base d'une détermination *ex ante* des marchés pertinents des obligations relevant de l'ONP au titre d'opérateur dominant tout en étant engagé dans un litige de droit de la concurrence où la question de sa dominance et la détermination des marchés serait réexaminée. Ce scénario pourrait conduire à une situation où un opérateur est jugé dominant par l'autorité de réglementation des télécommunications et non dominant par les autorités de la concurrence.

#### ***IV.4. Modifications à apporter à la mise en oeuvre du concept***

Si le concept de puissance significative paraît encore avoir un avenir, en tout cas à moyen terme, ce qui vient d'être exposé ci-dessus nous amène cependant à penser que certains aménagements dans la manière de le mettre en oeuvre et certaines nuances s'imposent. Ces derniers se situent à la fois sur un

---

<sup>133</sup> On peut interpréter dans ce sens ANALYSYS, SQUIRE SANDERS & DEMPSEY, *Consumer Demand for Telecommunications Services...*, *op. cit.*, p. 44 (first principle), 48 (option 5) et 80 (level 1).

<sup>134</sup> Voir CJCE, Hoffman-La Roche (Vitamines) contre Commission, *cit. supra*, p. 541, point 91, alinéa 2.

plan formel et sur le plan du fond, c'est-à-dire sur le plan des critères de mise en oeuvre du concept.

**IV.4.1.** Sur le plan formel, un peu plus d'harmonisation serait utile, à tout le moins dans un but de transparence. Nous pensons à la manière dont les différentes directives visent les organismes puissants. Les unes le font de manière spécifique (directives « interconnexion » et « numérotation », « téléphonie vocale (1998) » et même « licences ») alors que la directive « lignes louées (1997) » vise les organismes puissants plutôt comme une catégorie générale sans faire des distinctions en fonction des obligations spécifiques. Nous pensons de plus à l'harmonisation des définitions utilisées pour la « puissance significative » par les différentes directives. Est notamment visée l'inclusion ou non de la désignation par l'ARN dans la définition ou une uniformisation du seuil des parts de marché (soit égales ou supérieures à 25 %, soit supérieures à ces 25 %). Insistons enfin sur la nécessité d'unifier les versions linguistiques des directives « interconnexion » et « téléphonie vocale (1998) », ne fut-ce que pour éviter des implémentations nationales divergentes en ce qui concerne le marché géographique pertinent.

**IV.4.2.** En ce qui concerne le fond de la question, des aménagements semblent s'imposer relativement à la définition du marché de produits et du marché géographique ainsi que l'appréciation *in concreto* de la position sur le marché de l'organisme visé. Le principe de base nous semble devoir être que la réglementation ne doit pas être figée et doit permettre aux régulateurs d'assouplir les règles du jeu sur les segments de marché où une concurrence effective se développe. Ceci implique une coordination transnationale sur les manières de faire et l'adoption de notes interprétatives par la Commission européenne.

En ce qui concerne la **définition de marchés de produits**, le principe de leur détermination *ex ante* pourrait être maintenu, en laissant cependant une certaine flexibilité aux ARN afin de pouvoir rencontrer des évolutions technologiques et du marché (voir *supra*, point IV.3). Dans ce sens, une révision régulière au niveau européen des marchés de produits visés paraît également utile.

Les marchés de réseaux et de services actuellement visés devraient être davantage segmentés. Le développement rapide de la concurrence sur les infrastructures « longue distance » (en opposition au développement lent de la concurrence sur la boucle locale — c'est-à-dire la partie du réseau qui va de l'abonné au commutateur local de l'opérateur) justifie une segmentation du marché de l'interconnexion qui identifie le marché du transit comme un marché distinct de celui de l'interconnexion directe (« call termination » — le service qui permet à un opérateur de voir terminés des appels sur le réseau



d'un autre opérateur) et de l'interconnexion indirecte (« call origination » — le service qui permet à un opérateur de collecter des appels qui trouvent leur origine sur le réseau d'un autre opérateur). Le transit (le service qui consiste à offrir une liaison permettant d'acheminer du trafic entre deux opérateurs) devrait devenir un marché rapidement compétitif alors que les investissements énormes requis pour la construction de boucles locales alternatives devrait limiter pour longtemps encore le développement de la concurrence sur les marchés de l'interconnexion directe et indirecte. Le même type de raisonnement pourrait être tenu pour les lignes louées où la concurrence sur le segment des lignes à haut débit (par exemple les lignes louées 34Mbit/s) rendrait l'application de l'ONP et donc du concept de puissance significative sur le marché inutile. Il en va de même pour la téléphonie vocale longue distance, en particulier dans un environnement où l'opérateur puissant sur le marché local est contraint de fournir la présélection du transporteur, ce qui sera le cas dès janvier 2000<sup>135</sup>.

Notons qu'une extension de l'application du concept d'organisme disposant d'une puissance significative sur le marché à d'autres réseaux et services que ceux actuellement couverts peut également être utile en raison des évolutions technologiques et commerciales. En effet le champ actuel a essentiellement été défini en raison de l'importance historique des marchés visés. À cet égard, des candidats naturels pourraient être la fourniture d'accès à Internet et le service de téléphonie mobile. Ce dernier n'est actuellement visé que de manière très limitée et surtout pour les aspects « interconnexion »<sup>136</sup>. Une décision en la matière nécessiterait cependant pour chaque type de réseau et service une analyse d'utilité par rapport à chacun des objectifs de l'ONP que le concept de puissance significative entend mettre en oeuvre.

En ce qui concerne la **définition de marchés géographiques**, le fait de les lier aux autorisations peut soulever de nombreuses critiques, tout d'abord en raison de la divergence qui peut exister entre la zone couverte par l'autorisation et la zone couverte par l'activité réellement exercée, et ensuite en raison du fait que procéder de la sorte peut entraîner des marchés géographiques à taille différente pour chacun des opérateurs sur un territoire national unique, marchés géographiques qui de surcroît ne correspondraient plus à la réalité économique. Ajoutons que des réflexions sont actuellement menées pour abandonner le système des autorisations individuelles en dehors

---

<sup>135</sup> Directive « interconnexion », article 12.7 tel qu'introduit par l'article 1.3 de la directive « numérotation ».

<sup>136</sup> *Idem*, articles 4.2, 6 et 7.2.

des hypothèses impliquant des ressources rares <sup>137</sup>. Dans ce contexte, on pourrait prendre en considération une détermination *ex post* des marchés géographiques, sans que cela ne mette en danger la sécurité juridique telle que nous l'interprétons (voir *supra* point IV.3). Pour des raisons pratiques, le maintien d'une détermination *ex ante* paraît cependant préférable, mais elle devrait laisser une certaine flexibilité d'action aux ARN. Celles-ci devraient par exemple avoir la possibilité de préférer le territoire national à celui de la couverture des autorisations. Elles devraient aussi pouvoir, selon le développement de la concurrence, considérer comme marchés géographiques distincts les zones urbaines ou les zones à forte concentration en entreprises. Cette flexibilité nécessiterait cependant une concertation et une révision régulières au niveau européen.

Ajoutons enfin que le développement du marché commun, voire d'un marché mondial, peut rendre nécessaire une appréciation à l'échelle européenne ou même mondiale.

En ce qui concerne finalement la **définition du seuil des parts de marché**, le seuil actuel de 25% utilisé pour la détermination de la puissance de l'opérateur pourrait être revu à la hausse<sup>138</sup>. À l'époque de son adoption, ce seuil des 25% remplissait certainement son but (voir *supra* point II.2), mais dans le contexte de l'évolution actuelle du marché, un tel seuil aurait sans doute pour conséquence d'inclure trop d'opérateurs. En effet seraient vraisemblablement concernés, des opérateurs qui ne risquent ni de pouvoir mettre en cause le développement de la concurrence, ni de pouvoir porter préjudice aux utilisateurs, ou qui ne sont pas en mesure de fournir à tous les utilisateurs certains services. La possibilité prévue pour les autorités réglementaires nationales de déroger au seuil des 25 % ne suffit pas pour pallier au problème comme il s'agit d'une exception dont l'application systématique ruinerait la logique du système, la sécurité juridique et même l'harmonisation visée par les directives ONP au cas où les autorités réglementaires nationales utiliseraient leur liberté de manière trop disparate. La révision à la hausse du seuil aurait pour conséquence pratique notamment que certains opérateurs mobiles aujourd'hui déclarés puissants ne le soient plus. Ceci permettrait également à de nouveaux entrants dans des marchés compétitifs (par exemple les lignes louées haut débit dans un marché

---

<sup>137</sup> L. PONTIGGIA, *Second Interim Report on Categories of Authorisations*, ETO, Kopenhague, July 1999, p. 109 disponible sur <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/Study-en.htm>. L'ensemble de la question fera objet des travaux du « réexamen 1999 » (voir article 23 de la directive « licences »).

<sup>138</sup> Dans le même sens, D. LEWIN and D. ROGERSON, *A review of the Interconnection Directive...*, *op. cit.*, p. 48 et 78-79.

géographique particulier) de ne pas être soumis à des obligations trop contraignantes.

Augmenter le seuil par exemple vers les 40-50% ne signifie cependant selon nous pas encore la fusion du concept de puissance significative sur le marché avec celui de position dominante<sup>139</sup>. En effet, leurs différences en ce qui concerne fonctions, types d'obligations reliés et moment d'applicabilité de ces obligations, ... subsistent.

Finalement, la liste des critères permettant à l'autorité réglementaire nationale de déroger à la présomption induite par la part du marché de 25%, pourrait éventuellement être revue ou complétée<sup>140</sup>. En principe, elle nous semble cependant suffisamment large. Ainsi, des précisions émanant de la Commission européenne quant à savoir comment on applique ces critères et une application quelque peu harmonisée des critères au niveau européen paraissent plus importantes qu'une révision du catalogue.

## V. CONCLUSION

Nos réflexions ont porté sur la question de savoir si la notion de « puissance significative sur le marché » en droit des télécommunications est un concept autonome ou plutôt une chimère. En raison de son contexte d'application, de sa fonction et de sa manière d'être mis en œuvre, nous optons, actuellement mais aussi dans un avenir à moyen terme, pour la première branche de l'alternative.

---

139 *Contra: idem*, p. 44, 48 et 78 – 80.

140 Voir D. LEWIN and D. ROGERSON, *A review of the Interconnection Directive...*, *op. cit.*, p. 28.

**Annexe : les obligations imposées aux organismes puissants****1. Les obligations imposées aux opérateurs puissants par la directive « interconnexion »**

Articles	Type d'obligations	Marchés de télécommunications			
		Réseaux et services publics fixes de téléphonie	Lignes louées	Réseaux publics de téléphonie mobile	Services publics de téléphonie mobile
Art. 4.2	Répondre à toute demande raisonnable d'accès.	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 6 a	Non-discrimination dans l'interconnexion offerte à des tiers ainsi qu'à eux-mêmes.	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 6 b	Fourniture d'informations aux organisations considérant l'interconnexion.	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 6 c	Les accords d'interconnexion doivent être soumis à l'ARN et mis à la disposition des parties intéressées.	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 6 d	Protection de la confidentialité d'informations reçues d'une organisation demandant l'interconnexion.	Oui	Oui	Oui	Oui
Art. 7.2	Les charges d'interconnexion doivent être transparentes et orientées en fonction des coûts.	Oui	Oui	(voir note)	(voir note)
Art. 7.3	Obligation de publier une offre d'interconnexion de référence.	Oui	Oui	Non	Non
Art 7.4	Dégroupage des redevances d'interconnexion.	Oui	Oui	Non	Non
Art 7.5	Système de comptabilité analytique adéquat	Oui	Oui	Non	Non
Art 7.6	Séparation des redevances liées au service universel des redevances d'interconnexion.	Oui	Oui	Non	Non
Art 8.2	Les comptes des activités liées à l'interconnexion doivent être séparés des autres.	Oui	Oui	Non	Non
Art. 12.7	Offrir la présélection des opérateurs	Oui	Non	Non	Non

Note : Oui, si l'opérateur de réseau ou de service public mobile de téléphonie détient une position significative sur le marché combiné de l'interconnexion fixe et mobile (marché national de l'interconnexion).

**2. Les obligations imposées aux opérateurs puissants par la directive « lignes louées (1997) »**

Articles	Type d'obligations
Art. 3 et 4	Publication d'informations sur les caractéristiques techniques, les tarifs et les conditions de fourniture et d'usage des lignes louées.
Art. 5	Procédures pour la terminaison de l'offre de lignes louées.
Art. 6	Respecter les exigences essentielles et ne pas restreindre l'utilisation des lignes louées sans l'accord de l'ARN.
Art. 7	Fourniture d'un ensemble minimum de lignes louées répondant à des caractéristiques techniques harmonisées.
Art. 8.2	Respect du principe de non-discrimination
Art. 10.1	Obligations de pratiquer des tarifs orientés par les coûts.
Art. 10.2	Obligations de maintenir un système de comptabilité analytique.

**3. Les obligations imposées aux opérateurs puissants par la directive « téléphonie vocale (1998) »**

Articles	Type d'obligations	Marchés de Télécommunications	
		Réseaux téléphoniques publics fixes	Services téléphoniques publics fixes
Art. 12.2	Conserver des informations à jour sur les performances basées sur les paramètres, définitions et méthodes de mesures définies par l'ETSI.	oui	oui
Art. 13.1	Sujet à procédures établies par l'ARN telles que l'interruption, la terminaison ou la réduction de la disponibilité de services ou réseaux de télécommunications.	oui	oui
Art. 15.1	Sous réserve de faisabilité technique et de viabilité économique, obligation de fournir le CLI, le DDI et le call forwarding.	—	oui
Art. 16.1	Obligation de répondre à des demandes émanant d'organisations offrant des services de télécommunications pour l'accès au réseau téléphonique public fixe.	oui	—
Art. 16.7	Non-discrimination dans l'usage du réseau public fixe de téléphonie et, en particulier, dans l'utilisation de toute forme d'accès spécial pour l'offre de services publics de télécommunications.	oui	—
Art. 17.1	Les tarifs doivent être : <ul style="list-style-type: none"> <li>• orientés en fonction des coûts ;</li> <li>• indépendants du type d'application implémentée par l'utilisateur ;</li> <li>• suffisamment dégroupés par rapport aux services complémentaires.</li> </ul>	-	oui
Art. 18.1-2	Application de systèmes de comptabilité appropriés.	—	oui